

判例研究

未成年後見養子の許可基準について

早 野 俊 明

（大阪高裁平成19年9月20日決定〔平18（ラ）743号、養子縁組許可申立却下審判に対する抗告事件－原審判取消・確定 原審：大阪家裁平成18年8月9日審判〕判例タイムズ1260号330頁）

1 事実の概要

本件未成年被後見人Cの実父Aと実母Bは、平成13年1月11日婚姻し、同年5月にCを出生したが、平成14年5月7日、Cの親権者をBと定めて協議離婚した。離婚後、Bは、Cとマンションで暮らしていたが、平成17年3月、実家であるX（申立人。昭和24年12月生。Bの実母でありCの祖母でもある）宅に引っ越した。Bは資格取得のため、X宅近くにマンションを借りていたが、Cとの生活はほとんどX宅で行われており、Bが仕事に行っている間はXがCの世話をしていた。同年10月頃、BはX宅を出て、Cと2人でマンションで生活するようになったが、Cを心配したXが、同月頃、マンションを訪れたところ、Cが怪我をしているのを見つけ、Cを病院に連れて行った。Bは、同年11月、Cに対する傷害容疑で逮捕され、同年12月には公訴提起された。なお、Bは、平成18年10月12日、傷害罪により懲役2年の実刑判決〔控訴なく確定〕を受け、現在服役中で

ある)。

Xは、平成18年1月18日、Bがその監護下にあるCに対して虐待を繰り返したことを理由として、Cの親権を喪失させる旨の審判を申し立てるとともに、これを本案として、Bの親権者としての職務執行を停止し、職務代行者にXを選任する旨の審判前の保全処分を申し立てたところ、同年2月3日、審判前の保全処分および本案ともに認容する旨の各審判がなされた。また、Xは、同月18日、Cの未成年後見人としてXを選任する旨の審判を申し立てたところ、同年3月23日、これが認められ、XはCの未成年後見人に選任された。そして、Xは、同年5月3日、Xが被後見人Cを養子とすることの許可を求める審判を申し立てた。これが原申立てである。

Xはその夫DとCの3人で生活しているところ、Cの養育監護は順調に推移し、Dとともに愛情を持ってCの監護を行っていることが窺われる。また、Bは、本件養子縁組に同意する旨の意向を示している。

一方、実父Aは、離婚後、Cと面接していなかったが、Bに対して養育費を支払っていた。平成18年2月、AはBの事件を報道で知り、何度かX宅を訪問したが、Cに会うことはできなかった。Aは、将来的に自分がCを養育したいとの旨の意欲を示している。なお、Aは、原審判後の平成18年11月1日に再婚し、同年12月1日に長男をもうけているが、Cを引き取る意向に変わりはなく、その妻もこれに同意しているとして、XとCの養子縁組には反対している。また、Aは、当面は、CがAを父親として認識していないので、Cの監護にXが当たることに異論はなく、Cとの面接交渉を重ねることにより、親子間の信頼関係を築いていく意向である。

以上の事実に基づき、原審(大阪家審平成18年8月9日判例タイムズ1260号332頁)は、Xおよびその夫DによるCの養育監護状況に格別問題は見受けられず、愛情を持ってCを養育監護していることは窺われるとしながらも、「本件養子縁組が許可されても、当面、Cの生活の実態はほと

んど変わらないというべきであり、現時点においてあえてXとCとの間で養子縁組をすべき必要性は乏しいといわざるを得ない（なお、Xは、Cに財産を取得させたい旨の意向を示しているが、財産移転の方法は養子縁組に限られるものではない。）。むしろ、AがCの養育意欲を示していることやCの年齢からすれば、現時点においてAが親権者となる余地を閉ざす形にしてしまうことは、相当とはいえない（Aは、養育費の支払を続け、Bの事件を知った後はCを訪ねていくなどしているのであって、離婚後面接交渉をしていないことのみをもって、親権者となるには不適格であるということはできない。）。これらの事情を考慮すると、本件養子縁組が未成年者の福祉に適うものということはできない」と判示して、本件原申立てを却下した。

この原審判に対し、Xが抗告したのが本件である。

2 決定要旨

原審判を取り消し、後見人Xが未成年被後見人Cを養子にすることを許可した（確定）。

まず、民法794条の趣旨について、「民法は、792条以下に養子縁組の要件に関する規定を置いているが、本件に直接関連する後見人と被後見人の縁組につき家庭裁判所の許可を必要と定める民法794条は、親権者と同様の財産管理権を有する後見人が被後見人と縁組することを認めると、後見人の財産管理に対する民法の厳格な規制（861条、863条、864条、870条、871条等。これとの対比で親権終了時における828条参照。）を回避することが事実上可能となることから、そのような場合における被後見人の財産的地位に対する危険を排除する趣旨で設けられた規定と解される。このことは、同条後段が『後見人の任務が終了した後、まだ管理の計算が終わらないときも、同様である。』と規定していることから明らかというべきである」と説示した。

つぎに、民法798条の趣旨および同条但書の審査範囲について、「この規定は、未成年者縁組が未成年者の福祉に反する事態が生じたこともあった歴史的経験に鑑み、新たに、未成年者縁組が当該未成年者の福祉に適うか否かの審査権限を家庭裁判所に付与したが、同条ただし書きは、未成年者が自己又は配偶者の直系卑属であるときは、そのような縁組が当該未成年者の福祉に反するようなことは通常生じないであろうとの立法政策上の判断から、家庭裁判所の許可を不要とする旨定めたものである。この立法について批判がないではないが、それが立法政策の問題にとどまるものである以上、本条ただし書きに該当する場合は、当該縁組が未成年者の福祉に適うか否かについての家庭裁判所の審査権限は及ばないものと解するほかはない」とした。

そして、これらの民法の規定の構造を踏まえて検討し、「本件は、Xが自己の直系卑属であるCを養子とする場合であるから、Cの福祉確保の観点から本件縁組の当否を審査する必要があることは明らかであり、前記の民法794条の規定の趣旨に従い、Cの財産的地位に対する危険を排除するという観点から吟味を加えれば足りるのであって、そのような財産管理上の問題が認められない場合には、本件縁組に許可を付与するのが相当というべきである」として、これを本件について検討し、「Cの財産状況は、前記のとおりであり（Xが管理するCの財産としては、約18万円の預貯金以外に存在しない—筆者注）、本件において、XがCの財産を危うくするおそれがあるとは認められないから、上記の説示に照らし、本件縁組は許可するのが相当である」と判示した。

3 研 究

【1】本件は、後見人が、自己の直系卑属である未成年被後見人を養子とするために、民法794条の養子縁組許可を申し立てた場合、家庭裁判所は、当該被後見人の財産的地位に対する危険を排除する観点から当該縁組

の当否を審査すれば足りるのか、子の福祉確保の観点からその当否を審査すべきなのかを判断した、最初の公表判例である。原審・本決定の判断は分かれたが、本件は、未成年後見・未成年養子縁組制度が抱える、従前から指摘されてきた重要論点、すなわち、未成年後見制度の位置づけ⁽¹⁾や「現代養子法中の白眉」⁽²⁾とされる未成年許可養子の例外規定の捉え方が、現実問題として湧出した事案であり、今後の両制度のあり方を検討するうえで、無視しえない判例である。

原審判は、本件における養子縁組の必要性（縁組が許可されても未成年被後見人の生活実態はほとんど変わらないことから縁組の必要性は乏しいとする）と実父が親権者となる余地を閉ざすことの相当性（実父の養育意欲や未成年被後見人の年齢から相当ではないとする）を考慮して、子の福祉の観点から許可の申立を却下したのに対し、本決定は、民法794条は、財産管理権を有する後見人と被後見人との縁組を認めると後見人の財産管理に対する民法の厳格な規制を回避することを事実上可能とすることから、被後見人の財産的地位に対する危険を排除する趣旨と解されるところ、民法798条は、未成年者を養子とするには家裁の許可を得るべきことを定めるが、同条但書は未成年者が自己の直系卑属であるときは、そのような縁組が未成年者の福祉に反するようなことは通常生じないであろうとの政策判断から許可を不要と定めており、自己の直系卑属を養子とする本件の場合には、子の福祉確保の観点から縁組の当否を審査する必要はなく、財産管理上の問題が認められない以上許可を付与するのが相当である

(1) 後見に関する現行民法の規定の仕方や後見制度運用の実態から、未成年後見制度はむしろ未成年者の財産保護のためのものであり、未成年者の身上監護は児童福祉法などの社会立法上の行政作用面の充実を説く立場（鈴木ハツヨ「後見人および後見監督人の選任と職務」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅴ 親権・後見・扶養』〔有斐閣、1960年〕122頁以下）、現代の児童福祉の理念に沿うように未成年者の身上監護機能を含めた未成年後見制度全体の整備を主張する立場（湯沢雍彦『家庭事件の法社会学』〔岩波書店、1968年〕226頁以下）などがある。なお、本件判例解説として、本山敦「未成年後見人（祖母）と未成年被後見人（孫）の縁組」月報司法書司435号（2008年）40頁以下がある。

(2) 立石芳枝「未成年養子の許可」中川善之助先生追悼『現代家族法大系 3 親子・親権・後見・扶養』〔有斐閣、1979年〕159頁。

とした。

筆者は原審判の判断を支持するものであり、したがって、本稿では本決定を批判的に論じていく。

【2】まず第1の争点は、未成年後見の場合に、後見人が被後見人と縁組をするためには、民法794条による後見養子の許可で足りるのか、あるいはさらに民法798条による未成年養子の許可も必要とするのかということである。この点、民法794条は、後見人の財産管理に関する不正不当がないことが許可基準となるのに対し、民法798条は、当該縁組が未成年の福祉に合致することが許可基準となり、両者は立法趣旨および許可の目的を異にするから、民法794条および民法798条の許可の双方を必要とするというのが通説(先例)である⁽³⁾。したがって、この通説(先例)を前提とすれば、未成年被後見人の縁組については、本決定のように、家庭裁判所は、被後見人の財産的地位に対する危険を排除する観点から当該縁組の可否を審査すれば足り、子の福祉確保の観点からの審査は民法798条によることになるから、「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする」縁組においては、この観点からの審査は一切行わなくてよいことになる。一方、子の利益に関して、機能別にして審査基準を限定的に解する必要はなく、民法794条の許可基準を拡大して許可すれば、民法798条の許可は必要ないとする見解(有力説)に従えば⁽⁴⁾、原審判のように、民法794条の許可基準と

(3) 我妻栄=立石芳枝『親族法・相続法』(日本評論社、1952年)211頁、加藤令造編『家事審判法講座 第一巻 総論・親族関係』[田中加藤男執筆](判例タイムズ社、1966年)191頁、中川善之助『新訂 親族法』(青林書院、1967年)433頁、平田勝美「後見人が被後見人を養子にする方法」判例タイムズ747号(1991年)231頁、林良平=大森政輔編『注解 判例民法』[原田晃治執筆](青林書院、1992年)270頁、昭和25年10月10日民甲2633号回答、昭和25年11月1日戸籍事務連絡協議会決議・家月2巻11号(1950年)101頁。したがって、家庭裁判所に対して、当該縁組許可の申立がなされた場合には、2件の申立を受理したものと扱うのが相当とされるが(昭和28年5月13日第7回南関東家審協議会決議・家月5巻7号[1953年]118頁)、許可の審判書は1通でよいと解されている(昭和27年9月13日東海家裁協議会決議家月5巻1号[1952年]101頁)。

(4) 山中紀行「養子縁組の許可」判例タイムズ250号(1970年)150頁、斎藤秀夫=菊池信男編『注解 家事審判法』[中川良延執筆](青林書院、1987年)173頁。

して、家庭裁判所は、未成年者福祉確保の観点から、当該縁組の可否を審査すべきことになる。原審判は、基本的に有力説に立ち、本決定は通説に従うものである。

【3】もっとも、有力説の見解に立ったとしても、「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする」縁組を含めたすべての「未成年被後見人養子」縁組について、民法794条の許可基準を拡大して解釈していくことになるのか、それとも、民法798条但書により「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする」縁組については、本決定・通説が説く民法794条の許可基準に従って審査されることになるのかは、必ずしも明らかではない。これが第2の争点である。この点、「(民法794条は一筆者注) 一般には後見人の職務濫用防止が立法趣旨と解されているが(略)、これを厳格につらぬくと審査の対象は後見職務内容のみに限定されてしまい、後見人が禁治産者を養子とする場合、自己または配偶者の直系卑属たる未成年被後見人を養子とする場合には(略)、無条件で旧法時の遺言養子的事例を容認せざるをえぬことになる。もっとも逆に審査の範囲が養子の福祉の点までおよぶべきものとすれば、成年養子と自己または配偶者の未成年直系卑属のうちでもとくに被後見人だけは特別に取扱われることになる。家庭裁判所の許可に二個の意味を認めて審査基準を限定的に解するか、許可制度を一個のものとして審査基準を拡大して広く養子の利益を配慮するかであるが、同一制度に別の機能を認める実質的理由は乏しく、新法は一定の身分の者に対して縁組の成立についての監督を加えたものと解しうるから、後説が法律の趣旨に合致するものと思う(略)。したがって許可基準は未成年養子の場合に準ずべく、未成年後見についても許可は一個でたりと解する(略)」⁽⁵⁾として、「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする」縁組にあっても、後見養子の許可基準は、未成年養子の場合に準じて、未成年者の福

(5) 山崎正男「養親子関係の成立および効力」『総合判例研究叢書民法(15)』(有斐閣、1960年) 61頁以下。

社の観点から当該縁組の可否を審査すれば足りるとする見解が注目に値する⁽⁶⁾。原審判はまさにこの見解に従うものである。

【4】本決定・原審判および通説・有力説の判断の分岐は、結局、民法798条但書の適用範囲それ自体に起因する。本決定が説示するように、民法798条は、戦前の旧民法の時代に、いわゆる芸妓養子や、単に労働力補充のためだけの養子が行われたり、実親や養親となろうとする者の勝手な都合により縁組が行われるなどの悪例があったことを考慮して、後見的立場から縁組の事前審査を行う、未成年者保護を目的として創設された制度であり、「子のための親子法」の象徴的規定である。にもかかわらず、同条は、但書において、「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合」には、第三者の関与がなく以上のような悪例や弊害が生じる危険性が少ないと想定されることから、家庭裁判所の許可を要しないものとした⁽⁷⁾。しかし、この立法については、周知のように、このような危険性が少ないことから、「立法論として疑問」⁽⁸⁾、「蛇足・無益というより、有害である」⁽⁹⁾として、削除論が通説となっている⁽¹⁰⁾。したがって、解釈論のレベルとしても、民法798条但書は、子の福祉に適合するよう、制限的に適用

(6) この見解は、「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする」縁組だけでなく、成年被後見人を養子とする縁組についても、民法794条の許可基準を拡大し、「養子の福祉確保」とする。加藤編・前掲注(3)も、「被後見人が禁治産者(成年被後見人—筆者注)であるときは、別に養子の福祉に合致するか否かを考えられる機会がないから、当該審判手続の過程において充分考慮されなければならない」としている(191頁)。

(7) 梶村太市『養子事件の法律実務』(新日本法規、2003年)14頁。

(8) 我妻栄『親族法』(有斐閣、1961年)274頁。

(9) 立石・前掲注(2)160頁。

(10) 立石・前掲注(2)160頁、久貴忠彦『親族法』(日本評論社、1984年)218頁、石川稔『家族法における子どもの権利』(日本評論社、1995年)27頁、澤田省三「民法第798条『ただし書』に関する若干の考察—ある親権喪失宣告事件を契機として—」戸籍792号(2006年)24頁など。二宮周平『家族法[第2版]』(新世社、2005年)では、「婚姻に際して相手方の子(連れ子)と縁組をするケースでは、家族としての共同生活を営むわけだが、本当に養親子としての関係を築けるかどうかは、また別の問題なのだから、許可について例外を設けないように改正すべきである」(197頁)とされる。

し解釈されなければならない⁽¹¹⁾。「許可は本来、養子となる未成年者の例外的不幸を見落とさず、防止するところに実効がある。許可の省略が、いたずらに不幸の伏在を看過する結果を齎してはならない」⁽¹²⁾からである。

【5】「現行法の後見は、無能力者の財産保護に関する規定である。従って財産のない未成年者・禁治産者に関しては必ずしも必要ではない」⁽¹³⁾と断じる論者さえいることからすれば、確かに、現行後見制度は、未成年者の身上監護のためのものというよりはむしろ、制限能力者の財産保護のためのものであり、民法853条以下の後見事務に関する諸条文も被後見人に相当の資力がある場合を予想した規定と見ることはでき⁽¹⁴⁾、この観点から民法794条を位置づければ、「後見人が財産管理に対する民法の厳格な規制」を縁組によって回避することを防止し、併せて被後見人の財産的利益の保護を図った規定と解することは一応できる。これが本決定であり通説の立場でもある。しかし、未成年後見の職務内容は、親権の延長または補充たる後見として、親権内容と同様に、財産管理（859）のほかにも身上監護（857）がその中核を占めているのであり、親権の規定が準用され、親権内容と基本的には同一であることが示されている⁽¹⁵⁾。後見事務としての身上監護もまた後見人の主たる職務なのである。このことは、実質はともかく、後見人の選任手続にも現れている。すなわち、家庭裁判所は、未成年後見開始原因の有無と同時に未成年後見人の適格性を審理対象の重点に

(11) 中川善之助＝山島正男編『新版 注釈民法（24）親族（4）』[中川良延執筆]（有斐閣、1994年）248頁。なお、離婚した配偶者の直系卑属（昭和23年8月15日民甲2416号回答）、死別した配偶者の直系卑属（昭和24年2月4日民甲3876号回答）、縁組前に出生していた養子の子（昭和33年6月13日民甲1206号回答）を養子とする場合には家庭裁判所の許可を必要とする。

(12) 立石・前掲注（2）160頁。

(13) 中川善之助編『註釋親族法（下）』[戒能通孝執筆]（有斐閣、1952年）138頁。

(14) 鈴木・前掲注（1）122頁。

(15) 於保不二雄＝中川淳編『新版 注釈民法（25）親族（5）』[改訂版] [明石和夫・國府剛執筆]（有斐閣、1994年）376頁以下。また、一方で、未成年後見に関する民法の規定は、後見人・被後見人間には親子間に存在するはずの自然の愛情が期待できない面があるとして、身上監護についても、①後見監督人の同意（857但書）、②善管注意義務（869・644）、③後見監督人および家庭裁判所による後見事務の監督（863）等、親権者に関しては見られない制約規定がある。

おき、後見人候補者に問題がある場合には、申出に拘束されることなく、未成年被後見人の福祉を目標に、その心身の状況および財産状態等を審理したうえ、最も適任とされる者を選任しなければならないとされる。また、未成年後見事務が、身上監護を伴うものであり、その後の後見事務、未成年後見人と未成年被後見人の関係の円滑さを期待するうえからも、未成年被後見人自身の納得を得ておくことが重要であるとされている⁽¹⁶⁾。未成年後見は、未成年被後見人の福祉に重点が置かれているといつてよからう⁽¹⁷⁾。したがって、未成年後見人が養親（親権者）となったところで未成年後見は終了するから、後見人としての身上監護の任務も終了することになるのであるが、任務終了後に管理の計算が行われることからすれば、民法794条後段において、任務終了後管理の計算が終わらない間に後見人であった者が被後見人であった者に対して、縁組をすることにより後見中の不正行為を隠蔽するおそれがあることから、家庭裁判所の許可を必要としたのは、後見人の職務内容が身上監護と財産管理を中核としている以上、当然といえば当然であり、民法794条の許可基準がこれによって制約されるものでもない。さらに、そもそもわが国においては未成年者が資産を有することは稀であり、資産を有しない未成年被後見人についても民法794条が適用されるとすれば（当然、適用されるだろう）、本決定・通説が採る後見養子の許可基準に基づく限り、未成年後見養子はいつでも許可されることになり、また、「自己又は配偶者の直系卑属」である被後見人を養子とする場合には、本条により財産管理面は考慮されても、身上監護面は民法798条により考慮されないこととなり、さらには、民法794条には民法798条但書のような文言がないことからすれば、「自己又は配偶者の直

(16) 於保＝中川編・前注〔犬伏由子執筆〕299頁。

(17) 二宮・前掲注(10)は、後見養子の趣旨について、「後見人は被後見人の財産を管理したり、被後見人を監護したりする職務を負っているから、後見人が被後見人を養子にすることで、不正を働いたり、職務を怠ったりしないようにするためである」とされる。この立場からすれば、未成年後見養子の許可基準は「養子の福祉確保」となるう。

系卑属」である被後見人を養子とする場合にも同条が適用され、本件のように、資産のない、「自己の直系卑属」である未成年被後見人を養子とする場合には、民法794条・798条のいずれの規制にも実質的にも形式的にも服しないこととなり、民法794条はほとんど有名無実化した空疎な規定となるだろう。本決定はそれでよしとする。これを「立法政策上の判断」として放擲することは、余りに未成年者の保護に欠ける、形式的・硬直的な解釈と言わざるをえない。これは立法上の欠陥とさえいってよく、養子の福祉確保の観点から、民法798条但書を制限的に解することによって、この欠陥を補う必要がある。自己または配偶者の直系卑属を養子とする場合にはおよそ養子の福祉を害することはありえないとするのが民法798条但書の趣旨であるならば、民法794条についても、少なくとも、後見人が「自己の直系卑属」である未成年被後見人を養子とする場合にも、同様に、「養子の福祉を害することはありえない」＝「財産管理権を不当に行使することはありえない」として、同条に但書を設けることができたにもかかわらずこの但書が設けられていない以上、同条を有効活用し、かつ、民法798条但書をその趣旨ゆえに制限的に適用し、「養子の福祉確保」の観点から、後見養子の許可基準を拡大して同条を解釈することが許されるのではないだろうか。すなわち、民法794条については、成年被後見人養子縁組および「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする」縁組を含んだすべての未成年被後見人養子縁組、民法798条については、「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする」縁組を除く未成年養子縁組が適用され（もちろん、同条但書は制限的に解釈されなければならない）、両条はいずれも、「養子の福祉確保」を許可基準とすべきであり、「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする」縁組を含んだ未成年被後見人養子縁組は、民法794条の許可一つ得れば足りると解する。いずれにしても、民法798条但書は、

様々な場面において解釈上の混乱を招いている規定であり⁽¹⁸⁾、早急に削除される必要がある。

(本学法学部・法科大学院教授)

(18) 昭和62年の民法改正により、①父母の一方が親権者、他の一方が監護者である場合、親権者が代諾縁組をすると、縁組により養親が親権者として子を監護すべきことになり、従来の監護者はその地位を失うので、監護者にも発言権を与え、親権者のみの意思で子の監護に関する父母の合意を変更するのを防止すること、②監護者である父または母から子を取り戻すために代諾縁組が濫用されることを防止すること、③監護者にも、その縁組が子の利益に適うかどうかを判断させるのが望ましいことを理由として、民法797条2項が新設されたことは周知のとおりである(中川＝山畠編・前掲注(11)[中川良延執筆]231頁)。しかし、同項の同意を要する監護者とは、「養子になる者の父母でその監護をすべき者」であり、「民法766条および788条により監護者と定められている者」と解されているため(同・232頁)、「監護者」が定められていない場合には、依然として親権者のみの代諾により縁組が可能となることから、非親権者の親権者変更を阻止するために、代諾縁組がなされる場合が起こりうる。これを回避するため、代諾の「縁組意思」の解釈として(名古屋地判昭和60年8月26日判時1181号117頁)、あるいは「監護者」を「民法766条および788条により監護者と定められている者」だけでなく、「監護をすべき者であるもの」が実際に監護をしていない場合や非親権者の場合でも縁組同意権を認めるべきだとする解釈によって(石川稔「監護権者または非親権者たる父母の同意を得ない代諾養子縁組の効力」沼邊愛一＝太田武男＝久貴忠彦編『家事審判事件の研究(1)』[一粒社、1988年]216頁)解決を図ろうとする試みがなされてきた。しかし問題は、自己または配偶者の直系卑属を養子とする場合に家庭裁判所の許可を不要としたことにある(小石寿夫「縁組の代諾と監護者の同意—多数説への疑問—」民商法雑誌91巻3号[1984年]5頁)。ここにおいても、民法798条但書の内容は余計な解釈上の混乱を招いている。